

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Aux frontières de la comparaison

Nounckeke, Marie

Published in:

Revue de droit international et de droit comparé

Publication date:

2012

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Nounckeke, M 2012, 'Aux frontières de la comparaison', *Revue de droit international et de droit comparé*, p. 393-420.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

AUX FRONTIÈRES DE LA COMPARAISON

M. NOUNCKELE ⁽¹⁾

Avocate au barreau de Bruxelles
Collaboratrice didactique aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix
(Namur)

*« Trois degrés d'élévation du pôle renversent
toute la jurisprudence, un méridien décide de la vérité. [...]
Plaisante justice qu'une rivière borne !
Vérité au-deçà des Pyrénées, erreur au-delà »*

B. PASCAL (Les Pensées)

RÉSUMÉ

Les frontières et les distances s'amenuisent. Au niveau du droit, la multiplication des échanges entre les pays renforce la légitimité du recours au droit comparé, par la jurisprudence notamment. Pratique habituelle de la House of Lords, ces références à des droits étrangers n'ont pas pour objectif d'écarter le droit national, mais plutôt de l'enrichir en lui offrant de nouvelles pistes de réflexion. La proximité de certains ordres juridiques facilite la comparaison, mais ne constitue que le premier pas vers des interactions plus larges. Les différences de raisonnement, loin de constituer un obstacle, représentent, au contraire, des apports non négligeables dans l'approche de certaines questions juridiques.

(1) Cet article a été écrit sur la base de mon mémoire, intitulé « De la légitimité de la comparaison par les juges — Étude de la jurisprudence de la *House of Lords* de 1996 à 2005 », défendu en juin 2011, sous la direction du professeur A. Wijffels. Mes remerciements aux professeurs X. Thunis et Th. Kadner Graziano pour leurs conseils.

ABSTRACT

Borders and distances are progressively disappearing. As far as the law is concerned, the increase of the exchanges between countries strengthens the legitimacy of using comparative law, particularly in the jurisprudence. Usual practice of the House of Lords, these references to foreign laws does not aim to set aside national law, but rather to enrich it by offering new lines of inquiry. The proximity of some legal systems facilitates comparison, but it is only the first step towards broader interactions. The differences in reasoning, far from constituting an obstacle, are, instead, valuable insights into the approach of certain legal issues.

« “Maître, vous citez une jurisprudence de l’étranger”. C’est dans ces termes qu’un juge anversoise a voulu provoquer de façon mi-sérieuse, mi-ludique lorsque, il y a quelques mois, un avocat se référerait à une jurisprudence de Liège »⁽²⁾. Cette apostrophe a de quoi surprendre, dans le contexte d’un pays comme la Belgique. Mais, si elle avait réellement pu être qualifiée d’étrangère, cela aurait-il pour autant rendu cette citation incongrue ?

Prenant appui sur une analyse pratique des décisions du Comité Judiciaire de la House of Lords (maintenant nommé *Supreme Court*) du Royaume-Uni entre 1996 et 2005 (Section I), nous nous sommes intéressée à la place et au rôle du droit comparé dans la jurisprudence. Cette étude nous a d’abord menée à nous interroger sur le caractère unitaire des droits de *common law* (Section II), puis sur la possibilité de dépasser ce critère de « famille de droit » (Section III). Par la suite, nous avons voulu illustrer la richesse de l’apport de l’utilisation de sources de droits étrangers en jurisprudence (Section IV). Enfin, nous avons essayé d’élargir la réflexion, sur la base du rôle que la méthode comparative peut être amenée à jouer dans le processus actuel et toujours plus poussé d’harmonisation des droits (Section V).

SECTION I. — LA HOUSE OF LORDS ET LE DROIT COMPARÉ

« When a judge decides a case which comes before him, he does so on the basis of what he understands the law to be. [...] Nowa-

(2) R. JESPERS et J. BUELENS, « Pas de régionalisation de la justice en notre nom », *La Libre Belgique*, 17 février 2011, p. 54.

days, *he derives much assistance from [...]; and he has regard, where appropriate, to decisions of judges in other jurisdictions* »⁽³⁾. Dès le XVIII^e siècle, il est possible de trouver une certaine réception du droit continental dans la jurisprudence de la House of Lords⁽⁴⁾. Cette ancienne tradition, peut-être oubliée à l'époque de la suprématie des nationalismes, semble prendre un nouvel essor⁽⁵⁾, les *Law Lords* n'hésitant pas à adopter une attitude proactive⁽⁶⁾. Particulièrement représentatives, durant la décennie allant de 1996 à 2005, deux décisions méritent d'être soulignées. Il s'agit de l'affaire *MacFarlane and Another v. Tayside Health Board (Scotland)*⁽⁷⁾, rendue en 1999, d'une part (§ 1), et de l'affaire *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd & Ors*⁽⁸⁾, rendue en 2002, d'autre part (§ 2).

§ 1. — *MacFarlane and Another
v. Tayside Health Board (Scotland)*

L'affaire *MacFarlane* concernait un cas de naissance non souhaitée, suite à l'échec d'une vasectomie. Les époux MacFarlane décidèrent d'intenter une action en « *negligence* » contre le médecin. La naissance d'un enfant pouvait-elle être considérée comme un dommage et donner lieu à indemnisation ?

(3) *Kleinwort Benson Ltd v. Lincoln City Council* *Kleinwort ; Benson Ltd v. Mayor etc of the London Borough of Southwark and Others* *Kleinwort ; Benson Ltd v. Birmingham City Council* *Mayor etc of the London Borough of Kensington and Chelsea and Others* [1998] UKHL 38 (29 October 1998) (Lord Goff) (nous soulignons).

(4) T.H. BINGHAM, « "There is a world elsewhere": the changing perspectives of English law », *I.C.L.Q.*, 1992, vol. 41, pp. 527-528 ; G. SAMUEL, « Comparative Law and the Courts », in *Comparative Law before the Courts*, Londres, The British Institute of International and Comparative Law, 2004, pp. 254-255 ; K. SCHIEMANN, « Recent German and French influences on the development of English law », in *Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaft*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 2003, p. 189.

(5) L'utilisation du droit comparé dans la jurisprudence de la *House of Lords* est en augmentation progressive, puisque d'un quart des décisions en 1996, elle en touche maintenant, depuis l'an 2000 environ, près d'un tiers.

(6) B. MARKESINIS, « The Judge as Comparatist », *Tulane Law Review*, 2005-2006, vol. 80, p. 32. Dans l'affaire *Fairchild*, ce sont les juges eux-mêmes qui ont demandé à l'avocat un éclairage sur le droit étranger.

(7) *MacFarlane and Another v. Tayside Health Board (Scotland)* [1999] UKHL 50 (25 November 1999).

(8) *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd & Ors* [2002] UKHL 22 (20 June 2002).

Cette question, non encore résolue au Royaume-Uni, avait déjà pu faire l'objet de décisions aux États-Unis, dans le *Commonwealth* et dans certains pays européens ⁽⁹⁾. Lord Slynn estima donc opportun de consacrer une grande partie de son raisonnement (3 pages sur 7) à l'étude de ces droits étrangers, « *to see how the courts of other countries have dealt with this difficult and often emotive matter* » ⁽¹⁰⁾. S'agissant de la jurisprudence des États-Unis, son opinion révèle une analyse comparée des différentes solutions étatiques, citant celles du Nouveau Mexique, du Nevada, de l'Ohio, de la Floride et du Minnesota. Comme il le souligne, il n'est lié par aucune de ces décisions, mais elles lui permettent d'évaluer les différentes approches du problème.

Lord Steyn, consacrant également un long paragraphe à une étude comparative, affirme que la richesse du droit comparé se trouve précisément dans cette mise en évidence du poids des divers arguments en présence. Lord Hope, Lord Millet et Lord Clyde s'appuient eux aussi sur des droits étrangers, mais en se limitant aux droits des USA et des pays du *Commonwealth*.

§ 2. — *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd & Ors*

L'affaire *Fairchild* portait quant à elle sur un problème de causalité. Des employés ayant travaillé pour deux employeurs successifs découvrirent qu'ils souffraient d'un cancer suite à l'inhalation de poussière d'amiante. Mais ils étaient incapables de prouver que leur cancer était dû aux inhalations chez l'un ou l'autre des employeurs, ou chez les deux ensemble... Étaient-ils dès lors fondés à demander des dommages et intérêts aux deux, ou devaient-ils agir uniquement contre l'un des deux (avec le risque de ne pas être indemnisés faute de preuve du lien causal) ?

La complexité du problème poussa Lord Bingham à une véritable et très large étude comparée des solutions proposées. Il consulta ainsi les sources juridiques d'Allemagne, des Pays-Bas, de France,

(9) *MacFarlane and Another v. Tayside Health Board (Scotland)* [1999] UKHL 50 (25 November 1999) (Lord SLYNN).

(10) *MacFarlane and Another v. Tayside Health Board (Scotland)* [1999] UKHL 50 (25 November 1999) (Lord SLYNN).

de Grèce, d'Autriche, d'Espagne, de Norvège, d'Italie, de Suisse, d'Afrique du Sud, d'Australie, du Canada et des États-Unis. Cette analyse soulignait l'absence de solution universelle, et, bien que n'ayant aucune force obligatoire, constituait une importante source d'inspiration que le juge estimait devoir prendre en considération⁽¹¹⁾. Lord Nicholls, Lord Hoffmann et Lord Hutton s'inspirèrent eux aussi du droit comparé pour appuyer leur raisonnement, mais en se limitant aux jurisprudences des États-Unis, d'Afrique du Sud, du Canada et de l'Australie. Lord Rodger, quant à lui, revint à une analyse plus approfondie des solutions étrangères, en précisant qu'il ne répétait pas l'enquête réalisée par Lord Bingham.

SECTION II. — L'« ÉTRANGER », UN CONCEPT À GÉOMÉTRIE VARIABLE

Comme l'illustrent les décisions susmentionnées, les *Law Lords* n'hésitent pas à s'inspirer d'un vaste éventail de droits d'autres pays. Toutefois, la prépondérance des références aux droits appartenant à la même famille de *common law*, et en particulier à ceux des pays du *Commonwealth*, invite à s'interroger sur leur caractère étranger. Très liés au Royaume-Uni, ces pays en ont reçu une tradition juridique qu'ils continuent à partager (§ 1). Ne serait-ce dès lors pas un seul et unique droit qui s'appliquerait sur ces territoires (§ 2) ? Et qu'en est-il du droit des États-Unis (§ 3) ?

§ 1. — *Des anciennes colonies partageant la philosophie d'un « droit commun »*

Parmi les références les plus fréquemment citées, le Canada, l'Australie et la Nouvelle-Zélande semblent être incontournables. Mais les *Law Lords* font également appel à des sources de droit issues d'Afrique du Sud, du Pakistan, d'Israël, d'Inde, ou encore de Hong-Kong⁽¹²⁾, de manière plus ou moins régulière.

(11) *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd & Ors* [2002] UKHL 22 (20 June 2002) (Lord BINGHAM).

(12) *Twinsectra Limited v. Yardley and Others* [2002] UKHL 12 (21 March 2002) (Lord MILLETT) ; *Parochial Church Council of the Parish of Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley, Warwickshire v. Wallbank & Anor* [2003] UKHL 37 (26 June 2003)

La colonisation britannique a facilité l'expansion du système de la *common law* et son adoption dans les territoires colonisés⁽¹³⁾. Ces anciens liens coloniaux, ainsi que l'influence culturelle en résultant, sont sans doute à l'origine de la valeur reconnue à ces sources juridiques, et plus particulièrement aux jugements rendus par les cours suprêmes de l'Australie, du Canada et de la Nouvelle-Zélande. Le partage d'une même culture juridique, voire d'une même langue, et donc de concepts et méthodes de raisonnement similaires, engendre une « grande communicabilité » entre ces jurisprudences et celle du Royaume-Uni⁽¹⁴⁾. Dès lors, ces droits sont perçus comme étant « *in general harmony with the English common law* »⁽¹⁵⁾, et les *Law Lords* n'hésitent pas à les qualifier de « *leading authorities* »⁽¹⁶⁾ dans bien des cas.

De plus, à l'inverse du Code civil napoléonien ayant inspiré de nombreux codes européens dont la force obligatoire reste limitée au territoire d'un État⁽¹⁷⁾, la *common law* est davantage envisagée comme un « droit commun », dépassant les frontières nationales⁽¹⁸⁾. Il s'agit en effet d'un droit essentiellement jurisprudentiel ; et le Royaume-Uni avait créé, avec ses colonies, un système dont il était le centre. Pendant un certain temps, les décisions des pays colonisés ont pu faire l'objet d'une harmonisation à travers la jurisprudence du *Privy Council* bri-

(Lord RODGER) ; *European Roma Rights Centre & Ors, R (on the application of) v. Immigration Officer at Prague Airport & Anor* [2004] UKHL 55 (9 December 2004) (Lord CARSWELL) ; *Moy v. Pettmann Smith (a firm)* [2005] UKHL 7 (03 February 2005) (Lord CARSWELL) ; *Mark v. Mark* [2005] UKHL 42 (30 June 2005) (Lord HOPE).

(13) D. POIRIER et A.-F. DEBRUCHE, *Introduction générale à la Common Law*, 3^e éd., Bruxelles, Buylant, 2005, p. 133.

(14) G. CANIVET, « La pratique du droit comparé par les cours suprêmes. Brèves réflexions sur le dialogue des juges dans les expériences française et européenne : en commentaire de l'article de Sir Basil Markesinis et Jörg Fedtke *Le juge en tant que comparatiste* », *Tulane Law Review*, 2005-2006, n° 80, p. 229.

(15) *A & Ors v. Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 71 (8 December 2005) (Lord BINGHAM).

(16) *Nykredit Mortgage Bank Plc v. Edward Erdman Group Ltd* [1997] UKHL 53 (27 November 1997) (Lord NICHOLLS).

(17) R. LEGAIS, « L'utilisation du droit comparé par les tribunaux — Rapport français », in *The Use of Comparative Law by Courts, XIV^e Congrès international de droit comparé, Athènes 1997*, Boston, Kluwer Law International, 1999, p. 125 et *R.I.D.C.*, 1994, II, p. 358.

(18) E. ORUCU, « Comparative Law in Practice : The Courts and the Legislator », in *Comparative Law, A handbook*, USA, Art Publishing, 2007, p. 415.

tannique⁽¹⁹⁾. Bien que les anciennes colonies anglaises soient aujourd'hui indépendantes, elles continuent à partager des racines communes⁽²⁰⁾. Et l'absence de réel droit codifié, alliée à la tradition de *common law*, fait que la règle juridique est plutôt conçue comme liée à un cas d'espèce plutôt qu'à un État donné. « Par ses origines, la *common law* est, en effet, un mécanisme d'emprunts et d'influences croisées entre les juridictions appartenant au même système »⁽²¹⁾. C'est pourquoi argument sera parfois pris d'une décision étrangère sans qu'elle soit pour autant explicitement insérée dans le contexte national⁽²²⁾. Signe d'une conception relativement unitaire du droit, cette attitude permet également d'assurer et de perpétuer cette unité⁽²³⁾.

Ce caractère transfrontière des principes ressort parfois clairement des opinions des *Law Lords* : « *The common law rule [...] was firmly established in the United States [...]. [...] the court set out the reasons for it in terms which are equally valid in this jurisdiction* »⁽²⁴⁾. Certains parlent même de l'existence d'un « *common law world* »⁽²⁵⁾. Un rapport anglo-canadien rendu au XIV^e Congrès international de droit comparé souligne cette « *major difficulty in deciding what, in*

(19) Le *Privy Council* a longtemps constitué le tribunal de dernier ressort des colonies. De même composition que la *House of Lords*, il constituait une sorte de « tribunal commun », et cherchait nécessairement à maintenir une certaine harmonie avec le droit anglais en jugeant sur la base de « principes communs » à l'ensemble du *Commonwealth* (J. BELL, « Le droit comparé au Royaume-Uni », in *L'avenir du droit comparé, un défi pour les juristes du nouveau millénaire*, Paris, Société de Législation Comparée, 2000, p. 284 ; E. ORÜCÜ, « Comparative Law in British Courts », in *The Use of Comparative Law by Courts, XIV^e Congrès international de droit comparé, Athènes 1997*, Boston, Kluwer Law International, 1999, p. 273 ; D. POIRIER et A.-F. DEBRUCHE, *op. cit.*, p. 13).

(20) *Bennett v. Horseferry Road Magistrates' Court and another* [1993] 3 All ER 138 (Lord BRIDGE).

(21) G. CANIVET, « La pratique du droit comparé par les cours suprêmes... », *op. cit.*, p. 229.

(22) J. BELL, *op. cit.*, p. 284.

(23) E. ORÜCÜ, « Comparative Law in British Courts », *op. cit.*, p. 290.

(24) *Regina v. Connor & Anor* [2004] UKHL 2 (22 January 2004) (Lord HOPE) (nous soulignons).

(25) *Hunter and Others v. Canary Wharf Ltd ; Hunter and Others v. London Docklands Corporation* [1997] UKHL 14 (24 April 1997) (Lord COOKE) ; *Airbus Industrie GIE v. Patel and Others* [1998] UKHL 12 (2 April 1998) (Lord GOFF) ; *Shogun Finance Ltd v. Hudson* [2003] UKHL 62 (19 November 2003) (Lord NICHOLLS) ; *Soneji & Anor, R v.* [2005] UKHL 49 (21 July 2005) (Lord STEYN).

law, is foreign »⁽²⁶⁾ entre les pays de *common law*. En ce sens, il devient très naturel de s'appuyer sur des décisions rendues dans ceux-ci pour trancher un cas similaire⁽²⁷⁾. « Toute décision de justice publiée comportant un principe de *common law* a potentiellement une valeur "persuasive" dans un autre pays de *common law* »⁽²⁸⁾.

§ 2. — Faut-il pour autant parler de droit commun ?

Malgré cette proximité et ces interactions, il ne nous semble pas que l'on puisse radicalement considérer la *common law* comme un droit unique. Il y a certes un accent privilégié mis sur la cohérence de ce système⁽²⁹⁾, qui apparaît comme très homogène. Mais il ne faut pas pour autant commettre l'erreur de gommer les spécificités nationales.

Les lois propres adoptées par chacun des pays du *Commonwealth* y font varier les solutions à certains problèmes juridiques, en fonction des valeurs qui y sont défendues⁽³⁰⁾. En outre, il n'y a plus de lien hiérarchique entre les différentes cours suprêmes des pays du *Commonwealth*, qui sont chacune autonomes et libres d'accorder ou non une valeur aux *precedents* d'autres pays⁽³¹⁾. Comme le souligne Lord Hobhouse, le fait qu'un principe « [...] *has been adopted in all the main common law jurisdictions* » n'empêche pas que « [...] *the detail in each country may differ in order to suit their own culture* »⁽³²⁾.

À cette indépendance s'ajoute un autre élément, accentuant encore l'écart entre les pays de *common law* et le Royaume-Uni. L'adhésion

(26) U. DROBNIG, « The Use of Comparative Law by Courts », in *The Use of Comparative Law by Courts, XIV^e Congrès international de droit comparé, Athènes 1997*, Boston, Kluwer Law International, 1999, p. 12.

(27) J. BELL, *op. cit.*, p. 283.

(28) I. RORIVE, *Le revirement de jurisprudence. Étude de droit anglais et de droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 17.

(29) *Waters & Ors v. Welsh Development Agency* [2004] UKHL 19 (29 April 2004) (Lord BROWN).

(30) *Reynolds v. Times Newspapers Ltd and Others* [1999] UKHL 45 (28 October 1999) (Lord COOKE); *Loosely, R v.* [2001] UKHL 53 (25 October 2001) (Lord NICHOLLS et Lord HUTTON).

(31) Le *Privy Council* a progressivement perdu son rôle unificateur, au fur et à mesure que les différents États se sont détachés de sa juridiction.

(32) *Regina v. Connor & Anor* [2004] UKHL 2 (22 January 2004) (Lord HOBHOUSE).

de ce dernier à l'Union européenne a en effet pour conséquence de creuser la différence avec ses anciennes colonies, dès lors qu'il se voit intégré dans un nouvel ordre juridique⁽³³⁾. L'application des normes européennes, fruit d'un compromis avec des pays de tradition civiliste, engendre nécessairement une modification du système juridique britannique.

En réalité, « [p]arler de la *common law* des nations de langue anglaise évoque un corps de doctrine, un jeu de concepts, des méthodes de raisonnement juridique et de construction du droit, plutôt qu'un chimérique droit commun »⁽³⁴⁾.

§ 3. — *Le droit des États-Unis d'Amérique*

Hors *Commonwealth*, les références au(x) droit(s) des États-Unis sont également très fréquentes. Tant la jurisprudence de la Cour Suprême que les jurisprudences étatiques sont utilisées comme sources d'inspiration. À nouveau, ce choix peut s'expliquer par l'appartenance à une même « famille ». Par ailleurs, le rôle majeur joué par les États-Unis dans le monde favorise nécessairement les références qui peuvent être faites à son ordre juridique⁽³⁵⁾. Par exemple, « [i]n the construction of an international convention an English court does not easily differ from a crystallized body of judicial opinion in the United States »⁽³⁶⁾. Enfin, se référer aux sources juridiques des États-Unis peut permettre de bénéficier d'une première véritable étude de droit comparé⁽³⁷⁾, les jurisprudences fédérale et étatiques n'adoptant en effet pas nécessairement les mêmes points de vue⁽³⁸⁾. S'y intéresser, à l'image de Lord

(33) U. DROBNIG, *op. cit.*, p. 12 ; G. CANIVET, « La pratique du droit comparé par les cours suprêmes... », *op. cit.*, p. 229.

(34) I. RORIVE, *op. cit.*, p. 17.

(35) K. SCHIEMANN, « Recent German and French influences on the development of English law », *op. cit.*, p. 190.

(36) *Effort Shipping Company Ltd v. Linden Management SA and Others* [1998] UKHL 1 (22 January 1998) (Lord STEYN).

(37) *Airbus Industrie GIE v. Patel and Others* [1998] UKHL 12 (2 April 1998) (Lord GOFF) ; *Islam v. Secretary of State for the Home Department Immigration Appeal Tribunal and Another, Ex Parte Shah, R v.* [1999] UKHL 20 (25 March 1999) (Lord STEYN).

(38) *Abnett v. British Airways Plc (Scotland)* [1996] UKHL 5 (12 December 1996) (Lord HOPE) ; *Islam v. Secretary of State for the Home Department Immigration Appeal Tribunal and Another, Ex Parte Shah, R v.* [1999] UKHL 20 (25 March 1999) (Lord STEYN).

Slynn dans l'affaire *MacFarlane* précitée, peut offrir un premier bel aperçu des solutions et arguments en présence dans un cas donné.

« *[W]eighty factor* » dans certains cas⁽³⁹⁾, les sources juridiques américaines ne restent cependant qu'une source d'inspiration, « *only one jurisdiction among many* »⁽⁴⁰⁾, et ne sont pas suivies les yeux fermés par la House of Lords⁽⁴¹⁾. Le système juridique des États-Unis s'est très vite démarqué de celui du Royaume-Uni, probablement pour des raisons historiques. Par rapport aux décisions des autres pays du *Commonwealth*, elles sont déjà prises avec plus de relativité par les *Law Lords*, comme Lord Steyn a pu le mettre en évidence en estimant que « *the absence of such authority in Commonwealth countries with legal systems more akin to ours than the United States system may justify an initial scepticism as to the need and feasibility of such a reform* »⁽⁴²⁾. De même, dans l'affaire *Caledonia North Sea Limited v. British Telecommunications Plc (Scotland) and Others*, Lord Bingham n'hésite pas à développer les tendances jurisprudentielles des États-Unis, en soulignant néanmoins que « *[t]he American cases must be approached with a measure of reserve since courts have on occasion applied a principle [...] which has no counterpart in our law* »⁽⁴³⁾.

Dès lors, parler d'« étranger » n'évoque pas ici l'« inconnu »⁽⁴⁴⁾, puisque les mêmes méthodes et conceptions du droit sont partagées. Pourtant, bien que très proches, les droits des différents pays appartenant à la famille de *common law* n'en conservent pas moins leurs particularités. L'« étranger » nous renvoie alors à ce qui « est d'une autre nation, appartient, a rapport aux autres pays »⁽⁴⁵⁾. Il n'est pas

(39) *Effort Shipping Company Ltd v. Linden Management SA and Others* [1998] UKHL 1 (22 January 1998) (Lord STEYN).

(40) *Abnett v. British Airways Plc (Scotland)* [1996] UKHL 5 (12 December 1996) (Lord HOPE).

(41) *Phelps v. Mayor Etc. of The London Borough of Hillingdon Anderton and Clwyd County Council and In Re G (A Minor) v. Hampshire County Council* [2000] UKHL 47 (27 July 2000) (Lord CLYDE) ; *Three Rivers District Council & Ors v. Bank of England* [2004] UKHL 48 (11 November 2004) (Lord SCOTT).

(42) *Gregory v. Portsmouth City Council* [2000] UKHL 3 (27 January 2000) (Lord STEYN).

(43) *Caledonia North Sea Limited v. British Telecommunications Plc (Scotland) and Others* [2002] UKHL 4 (7 February 2002) (Lord BINGHAM).

(44) *Le Nouveau Littre*, Italie, éd. Garnier, 2004, p. 524.

(45) *Ibid.*, p. 524.

rare d'observer des différences entre ces ordres juridiques. Et c'est cela qui donne de l'intérêt et de la valeur à la comparaison.

SECTION III. — COMPARER, JUSQU'OU ?

Au départ limités aux pays dont la culture juridique est très proche de celle du Royaume-Uni (Australie, États-Unis, Canada, Nouvelle-Zélande), voire à l'Allemagne et à la France, les renvois ont très vite touché une multitude de pays à travers le monde, parmi lesquels on peut citer l'Inde⁽⁴⁶⁾, le Pakistan⁽⁴⁷⁾, Israël⁽⁴⁸⁾, la Suisse⁽⁴⁹⁾, les Pays-Bas⁽⁵⁰⁾, Singapour⁽⁵¹⁾, etc. La comparaison ne s'arrête donc pas aux limites d'une « famille de droits » (§ 3), l'interprétation du droit dépassant les frontières nationales (§ 1), malgré la difficulté de l'exercice (§ 2).

(46) *Waters & Ors v. Welsh Development Agency* [2004] UKHL 19 (29 April 2004) (Lord BROWN et Lord SCOTT); *Jindal Iron and Steel Co Ltd & Ors v. Islamic Solidarity Shipping Company Jordan Inc* [2004] UKHL 49 (25 November 2004) (Lord STEYN); *National Westminster Bank plc v. Spectrum Plus Limited & Ors* [2005] UKHL 41 (30 June 2005) (Lord NICHOLLS).

(47) *Jindal Iron and Steel Co Ltd & Ors v. Islamic Solidarity Shipping Company Jordan Inc* [2004] UKHL 49 (25 November 2004) (Lord STEYN).

(48) *Commissioner of Police for the Metropolis and Others, Ex Parte Pinochet* [1999] UKHL 17 (24 March 1999) (Lord MILLETT); *King v. Bristow Helicopters Ltd. (Scotland)*; *In Re M* [2002] UKHL 7 (28 February 2002); *A & Ors v. Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 71 (8 December 2005) (Lord BINGHAM et Lord CARSWELL).

(49) *Commissioner of Police for the Metropolis and Others, Ex Parte Pinochet* [1999] UKHL 17 (24 March 1999) (Lord HUTTON et Lord PHILLIPS); *Pretty v. Director of Public Prosecutions and Secretary of State for the Home Department* [2001] UKHL 61 (29 November 2001) (Lord STEYN); *King v. Bristow Helicopters Ltd. (Scotland)*; *In Re M* [2002] UKHL 7 (28 February 2002) (Lord HOPE).

(50) *Pretty v. Director of Public Prosecutions and Secretary of State for the Home Department* [2001] UKHL 61 (29 November 2001) (Lord STEYN); *Cullen v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* [2003] UKHL 39 (10 July 2003) (Lord MILLETT); *Kirin-Amgen Inc & Ors v. Hoechst Marion Roussel Ltd & Ors* [2004] UKHL 46 (21 October 2004) (Lord HOFFMANN); *Sabaf SpA v. MFI Furniture Centres Ltd & Ors* [2004] UKHL 45 (14 October 2004) (Lord HOFFMANN).

(51) *Morris and Others v. Rayners Enterprises Incorporated and Another* [1997] UKHL 44 (30 October 1997) (Lord HOFFMANN); *Jl MacWilliam Company Inc v. Mediterranean Shipping Company SA* [2005] UKHL 11 (16 February 2005) (Lord BINGHAM).

§ 1. — *Le droit n'est pas purement national*

Déniant toute justification à un recours au droit comparé dans l'interprétation des textes, certains avancent que le droit serait exclusivement national. Les solutions consacrées par le législateur seraient prises en conformité et en cohérence avec la culture propre de chaque pays. Dès lors, comme le soulignait Montesquieu⁽⁵²⁾, « les lois politiques et civiles de chaque nation [...] doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre ». Il n'y aurait donc aucun intérêt à consulter une source étrangère dans l'optique d'une meilleure compréhension du droit national.

Aux États-Unis, le juge Scalia est, sur cette base, l'un des plus fervents opposants à l'utilisation du droit comparé dans la jurisprudence. Le lien entre le droit d'une part, et le lieu et l'époque où il a été adopté d'autre part, rend inutile (voire dangereuse !) toute recherche d'aide à l'interprétation à l'étranger⁽⁵³⁾ : « *The Court's discussion of these foreign views [...] is therefore meaningless dicta. Dangerous dicta, however, since this Court [...] should not impose foreign moods, fads or fashions on Americans* »⁽⁵⁴⁾.

Ce raisonnement manque de poids, comme nous le démontrerons par la suite en mettant en évidence tout l'intérêt de la comparaison avec d'autres systèmes juridiques (Section IV), ainsi que l'influence croissante du droit comparé dans le processus législatif (Section V). Mais avançons déjà un premier argument. Il est évident que, au moins dans des pays ayant atteint un même niveau de développement, des problèmes similaires se posent. De plus, les idées et les valeurs peuvent évoluer avec le temps⁽⁵⁵⁾. L'on pourrait dès lors qualifier d'étroitesse d'esprit, le refus de s'inspirer de ce qui a été décidé ailleurs et de profiter d'une expérience déjà vécue. Ceci est d'autant plus vrai suite à l'évolution importante des moyens de communication et à la facilité grandissante avec laquelle les personnes peuvent

(52) MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois*, Livre 1, Chapitre 3.

(53) B. MARKESINIS, « The Judge as Comparatist », *op. cit.*, p. 20.

(54) *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 598 (2002) (Juge SCALIA) (cité par B. MARKESINIS, « The Judge as Comparatist », *op. cit.*, p. 19).

(55) K. SCHIEMANN, « A Response to *The Judge as Comparatist* », *Tulane Law Review*, 2005-2006, vol. 80, p. 295.

se déplacer⁽⁵⁶⁾. Le droit n'est plus exclusivement national. Son interprétation ne saurait donc le rester⁽⁵⁷⁾. On n'aperçoit pas non plus pourquoi le droit, à l'inverse d'autres disciplines comme la médecine, la philosophie, la littérature, l'art, etc. ne pourrait pas prendre en compte des sources étrangères⁽⁵⁸⁾. Bien utilisé, le droit comparé ne peut que constituer un atout supplémentaire dans le jeu des juges. S'en priver reviendrait à « *to clothe themselves in a restricting intellectual corset* »⁽⁵⁹⁾.

§ 2. — Difficultés de la comparaison

« *The question is whether any useful guidance can be gained from the position in other jurisdictions, notably the United States, other countries within Europe and Canada. My immediate response to it is to note Lord Reid's observation [...] that he did not know enough about conditions in any other country apart from England and Scotland to express any opinion as to what public policy there may require* »⁽⁶⁰⁾. « *Strongly though I support the study of comparative law, I hesitate to embark in an opinion such as this upon a comparison, however brief, with a civil law system, because experience has taught me how very difficult, and indeed potentially misleading, such an exercise can be. [...]* »⁽⁶¹⁾.

(56) O. KAHN-FREUND, « On uses and misuses of comparative law », *The Modern Law Review*, vol. 37, janvier 1974, p. 9.

(57) Ainsi Lord WOOLF a pu déclarer : « *The Appellate Committee of the Lords are already increasingly demanding comparative material from practitioners in cases where an appeal before them could involve the development of the law. While in the past assistance would be expected to be limited to that available from other common law jurisdictions, this is no longer the situation. [...] judicial isolationism is now a thing of the past* » (B. MARKESINIS, *Foreign Law and Comparative Methodology : a Subject and a Thesis*, op. cit., p. viii.).

(58) T. BINGHAM, *Widening Horizons. The influence of comparative law and international law on domestic law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 6.

(59) K. SCHIEMANN, « A Response to *The Judge as Comparatist* », op. cit., p. 282.

(60) *Arthur J.S Hall and Co. v. Simons and Barratt v. Ansell and Others v. Scholfield Roberts and Hill* [2000] UKHL 38 (20 July 2000) (Lord HOPE) (nous soulignons).

(61) *White and Another v. Jones and others* [1995] 1 All ER 691 (Lord GOFF) (nous soulignons).

Lord Hope et Lord Goff soulignent ainsi le frein et le danger que peut constituer, pour le recours au droit comparé, la méconnaissance des droits étrangers. En effet, la comparaison n'a de valeur que si le juge a pu comprendre le tout formé par l'ordre juridique étranger, ses concepts, son mode de pensée et son contexte⁽⁶²⁾. Des différences fondamentales de raisonnement existent parfois. Même bien informés du contenu du système étranger, les juges, inévitablement formatés par leurs méthodes et leur vision du droit, peuvent ne pas en saisir la réelle portée⁽⁶³⁾. Ils doivent alors se méfier des comparaisons superficielles qui pourraient en résulter⁽⁶⁴⁾. Lord Goff, attentif à éviter une telle erreur, préfère, en cas de doute, s'abstenir de donner une place trop importante à une source étrangère. « *Indeed the concept is not an easy one for a common lawyer to grasp ; and, with all respect to Dr. Unberath, I do not feel sufficiently secure to adopt it as a part of my reasoning in this opinion. Even so, I find it comforting (though not surprising) to be told that in German law the same conclusion would be reached as I have myself reached on the facts of the present case* »⁽⁶⁵⁾.

§ 3. — Dépasser les « familles » de droits

Pourtant, la House of Lords n'hésite pas, à la demande des avocats des parties et parfois volontairement⁽⁶⁶⁾, à confronter ses solutions avec celles retenues dans des pays de droit civil, essentiellement en France et en Allemagne. « *Although turning on the Code, that is of interest as a matter of comparative law and some help* »⁽⁶⁷⁾. Belle illustration de ce que la comparaison ne doit pas

(62) O. KAHN-FREUND, *op. cit.*, p. 27 ; M.-C. PONTHEUREAU, « L'argument fondé sur la comparaison dans le raisonnement juridique », in *Comparer les droits, résolument*, Paris, PUF, 2009, p. 558.

(63) W.P. ALFORD, « On the limits of 'Grand Theory' in comparative law », *Washington Law Review*, vol. 61 : 945, 1986, p. 946 ; R.G. FENTIMAN, « Foreign Law in National Courts », in *Comparative Law before the Courts*, Londres, The British Institute of International and Comparative Law, 2004, pp. 18-19.

(64) G. SAMUEL, *op. cit.*, p. 260.

(65) *Alfred McAlpine Construction Limited v. Panatown Limited* [2000] UKHL 43 (27 July 2000) (Lord GOFF).

(66) B. MARKESINIS, « The Judge as Comparatist », *op. cit.*, pp. 32 et 94.

(67) *Hunter and Others v. Canary Wharf Ltd ; Hunter and Others v. London Docklands Corporation* [1997] UKHL 14 (24 April 1997) (Lord COOKE).

être limitée par le traditionnel critère de l'appartenance à une même « famille de droits » ?

A. *Relativité de la distinction*

Le choix des droits français et allemand comme principales sources d'inspiration n'a pas de quoi surprendre. Il s'agit de points de comparaison privilégiés, dès lors que ces deux systèmes juridiques sont considérés comme étant à l'origine, et donc les représentants, des deux branches principales de la famille des droits civilistes, à savoir respectivement celle des droits romains et celle des droits germaniques⁽⁶⁸⁾. À la fois, ce choix démontre la relativité de cette classification des droits, en illustrant les divergences parfois importantes entre les solutions consacrées par des droits considérés comme appartenant à une même famille⁽⁶⁹⁾. Ces catégories peuvent donc sembler artificielles et ne sont pas forcément un indice de comparabilité. Variant selon les auteurs, elles ont aussi évolué avec le temps⁽⁷⁰⁾. Ainsi, elles sont aujourd'hui sujettes à controverse, et s'estompent de plus en plus⁽⁷¹⁾. L'ancienne famille des droits socialistes a par exemple complètement disparu suite à l'effondrement de l'URSS. En outre, de plus en plus, les nouveaux codes adoptés, dans les pays baltes par exemple, le sont à la suite d'études comparées et sont donc fortement inspirés de divers droits des pays européens⁽⁷²⁾. Dès lors, ils ne peuvent être inconditionnellement rattachés à une seule tradition juridique et il faut bien leur reconnaître une influence « mixte ». Au fur et à mesure de la remise en cause du classement en « familles de droits » et de l'accroissement des différences entre les ordres juridiques issus d'une même tradition, d'autres références, de plus en plus fréquentes, ont lieu vers les

(68) T. KADNER GRAZIANO, « L'eupéanisation du droit privé et de la méthode comparative », *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 2004, p. 233 ; B. MARKESINIS, « The Judge as Comparatist », *op. cit.*, p. 34.

(69) T. KADNER GRAZIANO, « L'eupéanisation du droit privé et de la méthode comparative », *op. cit.*, p. 239.

(70) K. ZWIEGERT et H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, New-York, Oxford University Press, 1987, pp. 63-68.

(71) T. KADNER GRAZIANO, « L'eupéanisation du droit privé et de la méthode comparative », *op. cit.*, p. 239.

(72) T. KADNER GRAZIANO, « Est-il légitime de comparer ? — La perspective du juge », in *Le contrat en droit privé européen. Exercices de comparaison*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2010, p. 30.

sources de droit d'autres pays européens, tels les Pays-Bas⁽⁷³⁾, l'Italie⁽⁷⁴⁾, etc. voire la Belgique⁽⁷⁵⁾ !

B. Richesse de la différence

Ces références aux droits continentaux ont davantage lieu dans des cas où se posent des problèmes fondamentaux du droit ou de la société. Souvent citées, les actions en « *wrongful life* » ou « *wrongful birth* » ont fréquemment été à l'origine de l'utilisation de sources de droits étrangers par les juges. Mais d'autres problèmes généraux aux ordres juridiques favorisent également les comparaisons, par exemple le problème de la définition du lien causal⁽⁷⁶⁾, de l'immunité des avocats⁽⁷⁷⁾, de l'autorisation de l'euthanasie⁽⁷⁸⁾, etc. Ces questions nouvelles apparaissent suite au développement croissant de notre société. Bien souvent, les lois existantes sont insuffisantes pour y répondre, et le législateur est incapable d'y fournir rapidement une solution⁽⁷⁹⁾.

Ces cas emblématiques illustrent bien la légitimité qu'il y a à se référer au droit comparé, malgré parfois une certaine méconnaissance du droit étranger et sa différence par rapport au droit national. Restreindre les sources d'inspiration aux ordres juridiques issus de la même tradition risque de priver la comparaison d'une grande partie de son intérêt, la proximité des raisonnements engendrant une identité des solutions. La question posée ne porte pas tant sur le droit positif

(73) *Pretty v. Director of Public Prosecutions and Secretary of State for the Home Department* [2001] UKHL 61 (29 November 2001) (Lord STEYN); *Cullen v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* [2003] UKHL 39 (10 July 2003) (Lord MILLETT); *Kirin-Amgen Inc & Ors v. Hoechst Marion Roussel Ltd & Ors* [2004] UKHL 46 (21 October 2004) (Lord HOFFMANN); *Sabaf SpA v. MFI Furniture Centres Ltd & Ors* [2004] UKHL 45 (14 October 2004) (Lord HOFFMANN).

(74) *Kleinwort Benson Ltd v. Lincoln City Council* *Kleinwort ; Benson Ltd v. Mayor etc of the London Borough of Southwark and Others* *Kleinwort ; Benson Ltd v. Birmingham City Council Mayor etc of the London Borough of Kensington and Chelsea and Others* [1998] UKHL 38 (29 October 1998) (Lord GOFF).

(75) *Cullen v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* [2003] UKHL 39 (10 July 2003) (Lord MILLETT).

(76) *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd & Ors* [2002] UKHL 22 (20 June 2002).

(77) *Arthur J.S Hall and Co. v. Simons and Barratt v. Ansell and Others v. Scholfield Roberts and Hill* [2000] UKHL 38 (20 July 2000) (Lord STEYN).

(78) *Pretty v. Director of Public Prosecutions and Secretary of State for the Home Department* [2001] UKHL 61 (29 November 2001).

(79) T. KOOPMANS, « Comparative Law and the Courts », *I.C.L.Q.*, 1996, vol. 45, p. 549.

comme tel, mais s'attache plutôt au cœur des valeurs qui le sous-tendent. La réponse à y donner dépend des conceptions de la société et de son évolution. En ce sens elle n'est pas propre à un pays, « le caractère français ou anglais ne la modifie pas, ni la présence ou l'absence d'un code civil »⁽⁸⁰⁾. Confronté à un problème pour lequel il n'a pas de solution toute faite, le juge cherche avec justesse comment il a pu être résolu ailleurs, dans les ordres juridiques de pays partageant les mêmes valeurs fondamentales⁽⁸¹⁾.

« *My Lords, the discipline of comparative law does not aim at a poll of the solutions adopted in different countries. It has the different and inestimable value of sharpening our focus on the weight of competing considerations. And it reminds us that the law is part of the world of competing ideas markedly influenced by cultural differences* »⁽⁸²⁾. C'est donc le raisonnement général qu'il importe de saisir, et non les détails d'application de la règle étrangère. Comme le précise Lord Hoffmann : « *In practice, however, there is less difference between common law and civilian systems than these general statements might lead one to suppose. [...] I have made no investigation of civilian systems, but a priori I would expect that judges take much the same matters into account in deciding whether specific performance would be inappropriate in a particular case* »⁽⁸³⁾.

Toutefois, il importe de souligner qu'à l'exception de l'Afrique du Sud, et du Japon, dont le droit est fortement inspiré du droit allemand⁽⁸⁴⁾, aucune référence ne s'inspire de droits orientaux, islamiques, ou africains. Très certainement, ces ordres juridiques sont encore fortement empreints de traditions locales ou religieuses. Y avoir accès peut également être très difficile. Mais principalement, ce sont les différences de valeurs et de développement entre ces pays et nos pays industrialisés qui viennent couper court à toute comparaison.

(80) B. MARKESINIS, « Réflexion d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt *Perruche* », *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, I, p. 78.

(81) G. CANIVET, « The Use of Comparative Law Before the French Private Law Courts », in *Comparative Law before the Courts*, Londres, The British Institute of International and Comparative Law, 2004, p. 188.

(82) *MacFarlane and Another v. Tayside Health Board (Scotland)* [1999] UKHL 50 (25 November 1999) (Lord STEYN) (nous soulignons).

(83) *Co-operative Insurance Society Ltd v. Argyll Stores* [1997] UKHL 17 (21 May 1997) (Lord HOFFMANN).

(84) B. MARKESINIS, « The Judge as Comparatist », *op. cit.*, p. 55 ; *Airbus Industrie GIE v. Patel and Others* [1998] UKHL 12 (2 April 1998) (Lord GOFF).

C. Un critère à revoir

Des différences fondamentales dans la conception de l'ordre juridique constituent inévitablement un frein à la comparaison. Néanmoins, entre pays ayant atteint un même niveau de développement, tant économique que culturel, le critère de la « famille juridique », qui lierait les droits entre eux et faciliterait la comparaison, ne semble plus pertinent. Ainsi que nous le révèle l'attitude de la House of Lords, c'est désormais la confrontation aux mêmes problèmes de société qui donne sens à une mise en parallèle des droits⁽⁸⁵⁾. Comme le souligne très justement T. Kadner, « ce qui doit compter dorénavant, dans le choix des sources d'inspiration, c'est une situation économique et culturelle comparable et des valeurs partagées »⁽⁸⁶⁾.

« Indeed, we can cross the divide separating us from other jurisdictions around the world. And if we do so with the modest intent to borrow ideas on classifying, discussing, and solving a particular problem, we should not be deterred by unfamiliarity with foreign legal systems. We may fail to understand a particular system of law or ever misinterpret some foreign decisions. Nevertheless, we may also find unexpected answers or new challenges to domestic legal issues »⁽⁸⁷⁾.

SECTION IV. — POURQUOI COMPARER ?

Le recours au droit comparé n'a pas pour objectif de fournir directement au juge la solution applicable au problème auquel il est confronté. Et quoiqu'il en soit, le juge ne pourrait pas appliquer directement un droit étranger, à peine de violer le droit national qui le lie.

(85) B. MARKESINIS, « The Judge as Comparatist », *op. cit.*, p. 95.

(86) T. KADNER GRAZIANO, « Est-il légitime de comparer ? — La perspective du juge », *op. cit.*, p. 33.

(87) S.S. ABRAHAMSON et M.J. FISCHER, « All the World's a Courtroom : Judging in the New Millenium », *Hofstra Law Review*, vol. 26, 1997, p. 286. Dès 1997, Lord Woolf écrivait : « There was a time when English lawyers, if they were prepared to seek help from another jurisdiction, would only look to other common law jurisdictions. This is now changing. The House of Lords and the judiciary in general now recognize that civil jurisdictions have much to offer... there is, I believe, a real process of harmonization between the civil and common law systems » (Lord WOOLF, « Préface », in *French for Lawyers*, Londres, 1997 - cité par M. ANDENAS et D. FAIRGRIEVE, « Introduction : Finding a Common Language for Open Legal Systems », in *Comparative Law before the Courts*, Londres, The British Institute of International and Comparative Law, 2004).

Néanmoins, même si elles sont dépourvues d'effet direct, l'avantage de s'intéresser à des sources de droits étrangers est multiple, comme nous le montrent les utilisations qui en sont faites par les *Law Lords*.

§ 1. — *Indiquer l'origine de la règle
ou guider l'interprétation*

Premièrement, la référence au droit étranger peut avoir essentiellement pour but de rappeler l'origine de la règle en vigueur au Royaume-Uni⁽⁸⁸⁾. Les renvois de cette sorte ont lieu de temps en temps, le plus souvent vers le droit romain⁽⁸⁹⁾, parfois vers d'autres ordres juridiques. En cas de problème d'interprétation, ils peuvent aider à mettre en évidence le sens originel de la norme et ainsi fournir une base solide pour sa compréhension.

Il arrive aussi que les juges fassent usage du droit comparé lorsque leur droit national n'est pas suffisamment clair. Ils peuvent profiter de la proximité de la norme qu'ils ont à interpréter avec celle d'un ordre juridique étranger pour en dégager une possible signification⁽⁹⁰⁾. La méthode comparative vient alors s'ajouter aux autres modes d'interprétation du droit⁽⁹¹⁾. Cette méthode d'interprétation permet également au juge, comme nous le verrons plus tard, de favoriser l'interprétation majoritaire ressortant des divers ordres juridiques, et ainsi de promouvoir une harmonisation douce et progressive des droits.

§ 2. — *Ajouter un argument ou mettre en perspective*

« I am encouraged to find that this is also the view reflected in decisions in other jurisdictions »⁽⁹²⁾... Lord Browne-Wilkinson vient

(88) E. ORÜCÜ, « Comparative Law in Practice : The Courts and the Legislator », *op. cit.*, p. 424.

(89) *J A Pye (Oxford) Ltd & Ors v. Graham & Anor* [2002] UKHL 30 (4 July 2002) (Lord HOPE); *Manifest Shipping Company Limited v. Uni-Polaris Shipping Company Limited and Others* [2001] UKHL 1 (18 January 2001) (Lord HOBHOUSE).

(90) *Heaton and Others v. Axa Equity & Law Assurance Society Plc and Others* [2002] UKHL 15 (25 April 2002) (Lord BINGHAM).

(91) T. KADNER GRAZIANO, « L'eupéanisation du droit privé et de la méthode comparative », *op. cit.*, p. 235 ; E. ORÜCÜ, « Comparative Law in Practice : The Courts and the Legislator », *op. cit.*, p. 413.

(92) *Semco Salvage & Marine Pte Ltd v. Lancer Navigation* [1997] UKHL 2 (6 February 1997) (Lord BROWNE-WILKINSON).

ainsi s'appuyer sur le droit étranger, argument additionnel venant soutenir sa position. La grande majorité des utilisations du droit comparé à la House of Lords vise à conforter ou confirmer le raisonnement des *Law Lords*. La solution consacrée à l'étranger prend alors une place à part entière dans leur argumentation. « *Only those who fear the persuasive force of honest argument can really oppose such proposals from the very outset* »⁽⁹³⁾. En effet, dans la mesure où une solution est partagée par divers ordres juridiques, elle acquiert davantage de poids. « *That decision demonstrates that English law is not alone in reaching this conclusion* »⁽⁹⁴⁾. Il sera alors plus facile de l'affirmer et de considérer qu'elle représente la réponse la plus équilibrée à un problème donné. En mettant en évidence une concordance avec le cas à trancher, ou au contraire en distinguant les affaires, le juge cherche donc à renforcer sa thèse (*a fortiori* ou *a contrario*)⁽⁹⁵⁾.

De plus, recourir à un avis extérieur permet de prendre du recul sur sa propre solution. Porter un regard sur un droit étranger donne la possibilité de revenir avec un œil neuf sur son propre droit, et de mieux y discerner les avantages et les inconvénients, les causes et les conséquences⁽⁹⁶⁾. Ces points, mieux mis en évidence, pourront mener à une compréhension plus objective des règles établies⁽⁹⁷⁾. Les ordres juridiques donnent parfois des réponses très différentes à des problèmes de droit. Une solution qui semblait naturelle peut alors se révéler n'être que le produit d'une culture déterminée, de raisons historiques, politiques, économiques ou philosophiques, et n'être pas nécessairement la plus juste⁽⁹⁸⁾. À l'inverse, le droit national peut se

(93) B. MARKESINIS, « The Judge as Comparatist », *op. cit.*, p. 154.

(94) *Hunter and Others v. Canary Wharf Ltd*; *Hunter and Others v. London Docklands Corporation* [1997] UKHL 14 (24 April 1997) (Lord GOFF).

(95) M.-C. PONTHEUREAU, *op. cit.*, p. 556 ; *Barrett v. London Borough of Enfield* [1999] UKHL 25 (17 June 1999) (Lord HUTTON) ; *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust* [2003] UKHL 52 (16 October 2003) (Lord STEYN).

(96) B. MARKESINIS, « Comparative Law — A Subject in Search of an Audience », *The Modern Law Review*, janvier 1990, vol. 53, n° 1, p. 13.

(97) J. BELL, *op. cit.*, p. 294.

(98) T. KADNER GRAZIANO, « L'eupéanisation du droit privé et de la méthode comparative », *op. cit.*, p. 238 ; H. MUIR WATT, « Of Transcultural Borrowing, Hybrids, and the Complexity of Legal Knowledge : An Example of Comparative Law Before the French Courts », in *Comparative Law before the Courts*, Londres, The British Institute of International and Comparative Law, 2004, p. 34 ; *Sepet & Anor, R (on the application of) v. Secretary of State for the Home Department* [2003] UKHL 15 (20 March 2003) (Lord RODGER).

voir confirmer, en raison de caractéristiques propres à son contexte⁽⁹⁹⁾, et la solution étrangère étudiée finalement être considérée comme inadaptée et rejetée⁽¹⁰⁰⁾. Comparer les droits vient alors « favoriser un regard critique sur les arguments avancés pour justifier les solutions des droits nationaux »⁽¹⁰¹⁾.

§ 3. — *Comblant une lacune*

D'autres fois, lorsqu'aucune règle ou aucun précédent n'existe encore au Royaume-Uni au sujet d'un problème donné, le droit étranger vient utilement servir de source d'inspiration⁽¹⁰²⁾. D'autres pays ont pu avoir à traiter un problème identique auparavant. Lorsqu'ils se trouvent confrontés à un blocage, ou s'ils ne trouvent pas de réponse satisfaisante dans leur propre droit, les *Law Lords* s'appuient sur l'expérience étrangère pour élaborer une solution nouvelle. « *Some assistance in finding an answer to this question may be gained by looking at the solutions that have commended themselves to other jurisdiction* »⁽¹⁰³⁾. Le droit comparé élargit l'horizon du juge, qui peut trouver dans les droits étrangers de nouvelles options d'interprétation⁽¹⁰⁴⁾. Car en effet, « *different minds may sometimes reach different conclusions* »⁽¹⁰⁵⁾, et ainsi devenir une précieuse source d'inspiration.

Le droit comparé est ainsi utilisé, comme le serait l'Histoire, pour observer comment d'autres ont pu traiter une situation parallèle⁽¹⁰⁶⁾. « *The hope is that history and comparison will give us insight into*

(99) *HIH Casualty and General Insurance Ltd & Ors v. Chase Manhattan Bank & Ors* [2003] UKHL 6 (20 February 2003) (Lord BINGHAM).

(100) *Fellowes or Herd v. Clyde Helicopters Ltd* [1997] UKHL 6 (27 February 1997) (Lord MACKAY) ; *King v. Bristow Helicopters Ltd. (Scotland)* ; *In Re M* [2002] UKHL 7 (28 February 2002) (Lord NICHOLLS).

(101) T. KADNER GRAZIANO, « L'eupéanisation du droit privé et de la méthode comparative », *op. cit.*, p. 244.

(102) B. MARKESINIS, « The Judge as Comparatist », *op. cit.*, pp. 90-94.

(103) *A. R v.* [2001] UKHL 25 (17 May 2001) (Lord HOPE).

(104) G. CANIVET, « The Use of Comparative Law Before the French Private Law Courts », *op. cit.*, p. 188 ; T. KADNER GRAZIANO, « L'eupéanisation du droit privé et de la méthode comparative », *op. cit.*, p. 238.

(105) *Johnstone, R v.* [2003] UKHL 28 (22 May 2003) (Lord NICHOLLS).

(106) *Reynolds v. Times Newspapers Ltd and Others* [1999] UKHL 45 (28 October 1999) (Lord STEYN).

our own situation and that they may occasionally help us to find [...] our own paths in the forest »⁽¹⁰⁷⁾.

La valeur reconnue au droit étranger peut dans ces cas être très grande. « *Curiously enough, there appear to be no reported English decision [...]. A number of decisions in other commonwealth countries have, however, considered such a state of affairs [...]. In the absence of any countervailing authority in English courts, I am of the opinion that the principles to be derived from the foregoing sources should be accepted as valid in English law* »⁽¹⁰⁸⁾. Mais, bien que la jurisprudence de la House of Lords joue un rôle important parmi les sources du droit, les *Law Lords* sont aussi attentifs à ne pas prendre la place du législateur⁽¹⁰⁹⁾.

§ 4. — Profiter d'une expérience

Enfin, il peut parfois être très instructif d'étudier un droit étranger s'il a déjà dû traiter d'un cas nouveau, ou s'il a pu consacrer une solution innovante face à un problème donné. En effet, dans ce cas, le bénéfice de l'expérience étrangère permettra d'éviter de refaire les mêmes erreurs, de tirer des leçons des échecs et de s'inspirer des succès⁽¹¹⁰⁾. Les autres États sont alors utilisés comme « *experimenting laboratories* »⁽¹¹¹⁾. Il s'agit d'un apport non négligeable dans le but d'arriver au meilleur résultat possible. En ce sens, dans une affaire où une évolution du droit anglais était souhaitée, Lord Goff a déclaré, après une étude des systèmes de droit civil, que « [...] *the*

(107) B. MARKESINIS et S. DEAKIN, « The Random Element of their Lordships' Infalible Judgment: An Economic and Comparative Analysis of the Tort of Negligence from *Anns* to *Murphy* », *The Modern Law Review*, vol. 55, septembre 1992, p. 632.

(108) *Martin v. Watson* [1995] 3 All ER 559 (Lord KEITH).

(109) I. RORIVE, *op. cit.*, p. 15 ; *Alfred McAlpine Construction Limited v. Panatown Limited* [2000] UKHL 43 (27 July 2000) (Lord CLYDE).

(110) *Gregory v. Portsmouth City Council* [2000] UKHL 3 (27 January, 2000) (Lord STEYN) ; *Governor of Her Majesty's Prison Brockhill Ex Parte Evans, R v.* [2000] UKHL 48 (27 July 2000) (Lord HOBHOUSE) ; *A, R v.* [2001] UKHL 25 (17 May 2001) (Lord CLYDE) ; *Anderson, R (on the application of) v Secretary of State for the Home Department* [2002] UKHL 46 (25 November 2002) (Lord STEYN).

(111) R. BISMUTH, « L'utilisation des sources de droit étrangères dans la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis », *R.I.D.C.*, janvier-mars 2010, p. 112 ; J.M. SMITS, « Convergence of Private Law in Europe: Towards a New *Ius Commune* ? », in *Comparative Law, A handbook*, USA, Art Publishing, 2007, p. 234.

experience of these systems assists to dispel the fears expressed in the early English cases [...] »⁽¹¹²⁾.

« *The study of foreign law is rarely meant to lead to wholesale transplantations of foreign concepts, notions, and solutions but it can lead to new ideas infiltrating national law ; it may also help dispel myths about threatened and imagined consequences in the event of a local change in the law* »⁽¹¹³⁾.

La comparaison avec un droit étranger met parfois également en lumière le caractère erroné ou dépassé d'une ancienne jurisprudence et peut aussi permettre d'écarter certains doutes quant à la validité d'une autre solution⁽¹¹⁴⁾. Les avocats des parties prennent alors appui sur le droit comparé pour soutenir un revirement de jurisprudence (*overruling*)⁽¹¹⁵⁾, et, à leur suite, les *Law Lords* s'en inspirent pour en évaluer la nécessité⁽¹¹⁶⁾.

Cette utilisation du droit comparé pour l'évaluation et la remise en cause du droit national est parfaitement soulignée par Lord Bingham, dans l'affaire *Fairchild* : « *Development of the law in this country cannot of course depend on a head-count of decisions and codes adopted in other countries around the world, often against a background of different rules and traditions. The law must be developed coherently, in accordance with principle, so as to serve, even-handedly, the ends of justice. If, however, a decision is given in this*

(112) *Kleinwort Benson Ltd v. Lincoln City Council* *Kleinwort ; Benson Ltd v. Mayor etc of the London Borough of Southwark and Others* *Kleinwort ; Benson Ltd v. Birmingham City Council* *Mayor etc of the London Borough of Kensington and Chelsea and Others* [1998] UKHL 38 (29 October 1998) (Lord Goff).

(113) B. MARKESINIS, C. O'CINNEIDE, J. FEDTKE et M. HUNTER-HENIN, « Concerns and Ideas About the Developing English Law of Privacy (And How Knowledge of Foreign Law Might Be of Help) », *The American Journal of Comparative Law*, 2004, vol. 52, p. 202.

(114) B. MARKESINIS, « The Judge as Comparatist », *op. cit.*, pp. 97-105.

(115) *Brooks v. Commissioner of Police for the Metropolis & Ors* [2005] UKHL 24 (21 April 2005) (Lord STEYN) ; *Transco Plc v. Stockport Metropolitan Borough Council* [2003] UKHL 61 (19 November 2003) (Lord HOFFMANN).

(116) *Arthur J.S Hall and Co. v. Simons and Barratt v. Ansell and Others v. Scholfield Roberts and Hill* [2000] UKHL 38 (20 July 2000) (Lord STEYN) ; *Johnson v. Unisys Limited* [2001] UKHL 13 (22 March 2001) (Lord HOFFMANN) ; *Magill v. Weeks* [2001] UKHL 67 (13 December 2001) (Lord HOPE) ; *Regina v. Connor & Anor* [2004] UKHL 2 (22 January 2004) (Lord HOPE) ; *Buchler & Anor v. Talbot & Anor* [2004] UKHL 9 (4 March 2004) (Lord MILLETT) ; *National Westminster Bank plc v. Spectrum Plus Limited & Ors* [2005] UKHL 41 (30 June 2005) (Lord NICHOLLS).

country which offends one's basic sense of justice, and if consideration of international sources suggests that a different and more acceptable decision would be given in most other jurisdictions, whatever their legal tradition, this must prompt anxious review of the decision in question. In a shrinking world (in which the employees of asbestos companies may work for those companies in any one or more of several countries) there must be some virtue in uniformity of outcome whatever the diversity of approach in reaching that outcome »⁽¹¹⁷⁾.

SECTION V. — VERS D'AVANTAGE D'INTERACTIONS

Depuis quelques années, une tendance croissante à la mise en commun des principes juridiques de droit privé interne se développe⁽¹¹⁸⁾, au niveau européen, voire mondial, à tout le moins entre les pays partageant un même niveau de développement. Ce sont les *Principles of European Tort Law*, les *Principles of European Contract Law*, le *Common Frame of Reference*, les Principes Unidroit, etc. Réunissant diverses traditions juridiques, ces principes renforcent la légitimité des recours au droit comparé dans la jurisprudence (§ 1). Celle-ci ne pourrait-elle d'ailleurs pas jouer un rôle à part entière dans ce processus d'harmonisation (§ 2) ?

§ 1. — *Un renforcement de la légitimité de la comparaison*

L'élaboration de ces différents corps de principes a constitué un véritable travail de droit comparé. Il ne s'agissait pas de partir d'une tradition nationale existante, mais au contraire d'arriver à cumuler plusieurs d'entre elles pour obtenir le meilleur résultat possible. Représentant le « fonds commun des systèmes européens »⁽¹¹⁹⁾, ces principes sont en effet censés refléter les solutions offrant le plus large consensus. Or, confronté à la nécessité d'interpréter ou de com-

(117) *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd & Ors* [2002] UKHL 22 (20 June 2002) (Lord BINGHAM).

(118) T. KADNER GRAZIANO, « L'eupéanisation du droit privé et de la méthode comparative », *op. cit.*, p. 233.

(119) T. KADNER GRAZIANO, « Est-il légitime de comparer ? — La perspective du juge », *op. cit.*, p. 42.

bler une lacune de la loi, le juge doit y remédier en agissant comme le législateur l'aurait fait. Ce dernier s'inspirant désormais de plus en plus souvent du droit comparé, on peut y voir une véritable invitation pour le juge à s'ouvrir aux solutions étrangères pour trancher les problèmes qui lui sont soumis⁽¹²⁰⁾. Il semble que la démarche consistant à s'inspirer de sources harmonisées ou étrangères acquiert une légitimité croissante. Ainsi, selon l'ancien président de la Cour fédérale allemande, « [l]e juge national n'a pas seulement le droit de se fonder sur les interprétations d'autres ordres juridiques et tribunaux dans son jugement ; il a aussi le droit [...] d'attacher de l'importance au fait que la solution entrant en considération serve à l'harmonisation du droit européen. Avec ce raisonnement, il peut, le cas échéant, adopter la solution d'un autre ordre juridique en tant que résultat de la pesée d'intérêts. Avec le processus progressif d'intégration européenne, il devrait appliquer ce raisonnement toujours plus fréquemment »⁽¹²¹⁾.

En outre, la rédaction de principes communs du droit est le signe que des valeurs et des bases communes président aux règles juridiques des différents pays⁽¹²²⁾. Les variations de concepts et de terminologie sont finalement essentiellement des différences de surface. L'élaboration des projets d'harmonisation met en évidence la possibilité de les concilier sans porter atteinte au fond du droit. Ce signe de compatibilité pousse vers un rapprochement croissant de ces systèmes pour le futur. En ce sens, les uns et les autres, partageant les mêmes règles, pourront davantage encore s'inspirer réciproquement.

§ 2. — *La jurisprudence comparée comme outil*

L'existence des principes communs du droit peut donc favoriser les utilisations de sources de droits étrangers dans la jurisprudence. Mais, dans l'autre sens, les analyses du droit étranger spontanément réalisées par les juges peuvent aussi utilement servir de base à la

(120) *Ibid.*, p. 31 ; E. ORÜCÜ, « Comparative Law in Practice : The Courts and the Legislator », *op. cit.*, p. 413.

(121) W. ODESKY, *Harmonisierende Auslegung und europäische Rechtskultur*, ZEuP, 1994, p. 2 (cité par T. KADNER GRAZIANO, « L'eupéanisation du droit privé et de la méthode comparative », *op. cit.*, p. 241).

(122) J. BELL, *op. cit.*, p. 285.

rédaction, voire à la diffusion de tels principes ou d'un code commun.

La volonté de renforcer l'identité européenne via la codification du droit privé n'est pas sans susciter des controverses, principalement suite à la crainte de perte des traditions juridiques. En particulier, une unification aux méthodes civilistes n'entre pas dans les conceptions de la tradition de *common law*⁽¹²³⁾. En conséquence, il peut être intéressant pour les rédacteurs des principes communs du droit, ou d'un code européen, de prendre pour point de départ les problèmes déjà soulevés dans la pratique et la réponse qui leur a été donnée par une jurisprudence comparative. Une telle démarche leur permettrait de profiter d'une étude déjà réalisée en pratique, et de renforcer par la même occasion la légitimité de ces principes. Elle démontre en effet qu'il y existe déjà une recherche et un besoin de cohérence entre les droits européens, et que, par delà les spécificités nationales, une mise en commun est possible.

Sans discuter ici de l'utilité d'unifier le droit privé européen, l'utilisation de sources juridiques étrangères comme mode privilégié d'interprétation du droit national par la jurisprudence pourrait éventuellement constituer un moyen plus souple d'assurer une certaine convergence des droits. Ce procédé pourrait, d'une part, résulter en une diffusion progressive « par le bas »⁽¹²⁴⁾, par la pratique donc, des principes communs du droit. « Une telle “application par conviction” aurait l'effet d'une “harmonisation douce” du droit privé européen »⁽¹²⁵⁾, qui pourrait constituer le premier pas vers une harmonisation plus globale. Dès lors qu'un constat de convergence trouve appui dans les faits, un refus de le formaliser semble de moins en moins justifiable. D'autre part, il pourrait aussi représenter un bon moyen de rapprocher les droits sans les uniformiser, une alternative envisageable à une codification européenne controversée... La démarche s'intègre alors en effet dans la culture propre du pays qui y recourt, puisque la mise en parallèle des droits a lieu à travers le juge, donc sous le prisme de l'identité juridique nationale. En outre, laisser ce mouvement à la pratique comporte l'avantage de limiter

(123) LORD HOPE OF CRAIGHEAD, « Method and Results — the place of case law in the legal systems of the UK », in *Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaft*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 2003, p. 158 ; J.M. SMITS, *op. cit.*, p. 233.

(124) *Ibid.*, p. 229.

(125) *Ibid.*, p. 247.

l'uniformisation des droits aux domaines dans lesquels un besoin s'en fait réellement sentir⁽¹²⁶⁾.

En réalité, cela ne correspondrait-il pas à la méthode d'une unification vue dans l'optique de la *common law* ? Nous avons mentionné ci-dessus que la méthode de codification envisagée pour l'unification du droit privé européen est perçue comme trop « civiliste » par les juristes anglo-saxons. Si le code est, par excellence, le moyen d'unification du droit en Europe continentale, n'est-ce pas la jurisprudence qui jouerait ce rôle pour le *common lawyer* ? Peut-être est-ce la manière anglo-saxonne, plus libérale, de concevoir le partage d'une identité commune. Ne serait-il pas suffisant d'assurer la cohérence des droits, tout en leur permettant de préserver leur spécificité ? C'est alors la jurisprudence qui jouerait le premier rôle⁽¹²⁷⁾. Bon compromis entre les deux points de vue, la combinaison de principes communs, soutenus par une jurisprudence comparée, pourrait constituer le moyen de réunir ces deux traditions juridiques sans qu'elles doivent renoncer à leur nature. Car après tout, ce qui compte n'est-il pas d'être « unis dans la diversité » ?

En conclusion, tout en demeurant, par la pérennité et la solidité de son institution, un symbole de tradition, la House of Lords s'incarne également en précurseur de la modernité. N'hésitant pas à s'inspirer de sources juridiques étrangères de manière croissante et de plus en plus variée, les *Law Lords* démontrent par leur pratique même la légitimité de la comparaison dans la jurisprudence. Même s'il reste plus facile de se référer à des droits proches du droit national, ceux-ci peuvent révéler des spécificités enrichissantes. En outre, les anciennes incompatibilités de surface entre familles juridiques sont aujourd'hui dépassées par l'émergence de questions communes entre des pays ayant pour ambition la défense de valeur identiques. Loin d'inciter le juge à violer son droit national, la méthode comparative vient plutôt lui offrir une possibilité de le perfectionner en constituant une source d'inspiration, un appui, ou encore en provoquant le contraste. Mais encore, un pas supplémentaire nous a permis de constater qu'il n'est pas seulement légitime pour le juge de comparer. Car dorénavant, suite à l'harmonisation des droits, c'est peut-être même dans cette comparaison que ses jugements puiseront leur légitimité.

(126) *Ibid.*, p. 237.

(127) LORD HOPE OF CRAIGHEAD, *op. cit.*, p. 158.

À l'image de la House of Lords, nos plus hautes juridictions devraient montrer davantage d'ouverture aux sources de droits étrangers. À l'heure de la mondialisation, le droit ne peut se contenter de se restreindre aux frontières nationales. Les législateurs l'ont bien compris... À la jurisprudence de suivre le mouvement ! Il est évident que « *[k]eeping an eye open on what other legal systems are doing strengthens rather than weakens one's own* »⁽¹²⁸⁾. Désormais donc, « *[c]omparative law is one of several new types of challenges that courts have to deal with* »⁽¹²⁹⁾.

(128) K. SCHIEMANN, « A Response to *The Judge as Comparatist* », *op. cit.*, p. 297.

(129) M. ANDENAS et D. FAIRGRIEVE, *op. cit.*, p. xxviii.